



Roj: **STS 3909/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3909**

Id Cendoj: **28079110012018100638**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/11/2018**

Nº de Recurso: **267/2016**

Nº de Resolución: **656/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1431/2015,**
STS 3909/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 656/2018

Fecha de sentencia: 21/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 267/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 25/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 267/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 656/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 21 de noviembre de 2018.



Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Granada. Los recursos fueron interpuestos por la entidad Auge, Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa, representada por la procuradora Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo; y la entidad Banco Santander, S.A. (como sucesora de Banco Banif S.A.), representada por la procuradora María Luisa Montero Correal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Olga-María Ávila Prat, en nombre y representación de la entidad Auge, Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Granada, contra la entidad Banco Banif, S.A., para que se dictase sentencia:

"que, estimando la demanda, contenga los siguientes pronunciamientos:

"a) Declare la responsabilidad contractual de Banco Banif S.A. ex art. 1104 del Código Civil, por cumplimiento negligente del contrato de gestión discrecional de carteras de inversión suscrito con don Mario y doña Bárbara el 19 de enero de 2006.

"b) Condene por tanto a Banco Banif, S.A. a indemnizar a los actores en virtud de tal responsabilidad contractual en la cantidad de un millón seiscientos cincuenta y siete mil setenta y tres euros con quince céntimos (1.657.073,15€), en concepto de reparación de los daños y perjuicios causados por el cumplimiento negligente del contrato de gestión de carteras de inversión, cantidad a la que hay que añadir las comisiones y gastos abonados por los actores y los intereses legales aplicables desde las fechas de las inversiones hasta la de la sentencia, minorándola con los intereses abonados a los actores.

"c) Declare la resolución del citado contrato de gestión discrecional de carteras de inversión suscrito por los actores y la entidad demandada el 19 de enero de 2006, a causa del incumplimiento contractual en que ha incurrido la entidad financiera demandada, al amparo de lo establecido en el art. 1124 del Código Civil, en relación con las inversiones vigentes en el momento de formular la presente demanda.

"d) Condene a Banif a abonar a los actores, en virtud de la resolución del citado contrato, la cantidad de un millón setecientos noventa y nueve mil novecientos noventa y ocho euros con treinta céntimos (1.799.998,30 €), en concepto de indemnización de daños y perjuicios, más los intereses legales correspondientes desde las respectivas fechas en que se realizaron las inversiones afectadas por la resolución contractual hasta la fecha de la sentencia, así como la totalidad de los gastos y comisiones abonadas por los actores al banco, detrayendo de dicha cantidad los intereses percibidos por los demandantes en virtud de tales inversiones y entregando los actores a la entidad demandada los títulos valores representativos de las inversiones que permanecen vigentes.

"e) Subsidiariamente, en el exclusivo supuesto de que el Juzgado desestime íntegramente las dos acciones acumuladas, declare la nulidad de los nueve contratos de adquisición de los productos financieros incluidos en el cuadro reflejado en la página 44 de este escrito, al amparo del art. 1261 de Cc, por la inexistencia de consentimiento contractual.

"f) Como consecuencia de la citada declaración de nulidad, condene a la entidad demandada a abonar a los actores la suma de tres millones ciento quince mil doscientos cuarenta y un euro con sesenta y un céntimo (3.115.241,61 €), más los intereses legales devengados desde el momento de la suscripción de los productos financieros litigiosos hasta la fecha en que se dicte sentencia, así como las comisiones y gastos de todo tipo abonados por los demandantes a Banif, minorando dicha cantidad con los intereses percibidos por los actores como consecuencia de las inversiones realizadas.

"g) Condene a la entidad demandada a abonar a mis representados los intereses del art. 576 LEC desde la fecha de la sentencia.

"h) Imponga a Banco Banif, SA las costas procesales causadas en la instancia".

2. La procuradora Aurelia García-Valdecasas Luque, en representación de la entidad Banco Banif, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dicte:



"1. Auto de sobreseimiento poniendo fin al procedimiento como consecuencia de la estimación de la excepción procesal de falta de legitimación activa y/o defecto legal en el modo de proponer la demanda, con expresa condena en costas de la parte demandante.

"2. Subsidiariamente, sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas de la parte demandante".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Granada dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que estimando la demanda interpuesta a instancia de Asociación de Consumidores y Usuarios Auge en nombre y representación de sus asociados D. Mario y D^a. Bárbara contra la entidad bancaria Banif S.A. se declara la nulidad de los diez contratos de adquisición de los productos financieros incluidos en el cuadro reseñado en el antecedente de hecho tercero de la presente resolución por error vicio del consentimiento de los socios de la actora, Don Mario y D^a Bárbara, condenando a la entidad demandada abonar a dichos perjudicados la suma de 2.749.611,60 euros más los intereses legales desde el momento de la realización de cada una de las inversiones hasta la fecha de la sentencia, así como las comisiones y gastos de todo tipo abonados por los demandantes a Banif S.A., aminorando dicha cantidad con los intereses percibidos por los actores como consecuencia de las inversiones realizadas.

"Con imposición de las costas procesales causadas en la instancia a la parte demandada".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad bancaria Banif, S.A.

2. La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada, mediante sentencia de 18 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto en nombre de Banco de Santander (Banif), con devolución del depósito constituido para recurrir, debemos revocar y revocamos parcialmente la Sentencia de 22 de abril de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia 18 de Granada en los autos 1120/13 de que dimana este rollo, en cuanto procede estimar parcialmente la demanda, reduciendo la declaración de nulidad contenida en ella a los cuatro productos financieros reseñados al comienzo del fundamento jurídico sexto de esta Resolución, reduciendo la condena impuesta a la entidad demandada a la suma de 1.611.135,96 euros, debiendo restituirse los intereses legales devengados desde el momento de cada una de las cuatro inversiones declaradas nulas, tomando en cuenta en el cálculo de intereses las amortizaciones recibidas y su fecha, más los gastos y comisiones percibidos por la demandada con cargo a los socios de la actora, D. Mario y D.^a Bárbara, respecto de cada de las operaciones declaradas nulas, debiendo aminorarse la cantidad a recibir por los socios, con los importes, excluidas amortizaciones, que por cualquiera de los bonos cuya adquisición ha sido declarada nula hayan percibido, incluidos cupones o intereses, con sus correspondientes intereses desde el momento de su percepción.

"Se deja sin efecto la condena en costas impuesta, de modo que no procede imponer las costas devengadas en ambas instancias".

3. Con fecha 28 de septiembre de 2015 se dictó auto de aclaración de la anterior resolución, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Se rectifica la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2015 dictada en el presente rollo, en cuanto que la cantidad consignada en el séptimo fundamento de derecho y en el fallo, en lugar de 1.611.165,95 euros, debe ser la de 1.681.165,95 euros".

TERCERO. *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción y procesal y recursos de casación.*

1. La procuradora Olga María Ávila Prat, en representación de la entidad Auge, Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"1º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución".

Los motivos del recurso de casación fueron:



"1º) Infracción de los arts. 1208 y 1275 del Código Civil y art. 14.2 de la Ley de Crédito al Consumo. Infracción de la jurisprudencia sobre renuncia de acciones judiciales recogida en las sentencias de 27 y 30 de enero de 1996 y 7 de marzo de 1997; y sobre propagación de la nulidad de un negocio jurídico a otros contratos con él vinculados, recogida en las sentencias de 19 de noviembre de 1964, 22 de diciembre de 2009 y 17 de junio de 2010.

"2º) Infracción de los arts. 78.1, letras a) y b), 79.1, letras a) y e) de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre; art. 4.1 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores aprobado por Real Decreto 629/1993; art. 79.bis.6º de la Ley del Mercado de Valores en la redacción de la Ley 4772007, de 19 de noviembre; y arts. 72 y 74 del Real Decreto 217/2008; y jurisprudencia recogida en la sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

"3º) Infracción de los arts. 78.1.b), 79.1.e) de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción de la Ley 44/2002 de 22 de noviembre; art. 5, apartados 1º y 3º del Código General de Conducta de los Mercados de Valores aprobado por Real Decreto 629/1992 (sic); art. 79.bis. apartados 1º-4º de la Ley del Mercado de Valores en la redacción de la Ley 4772007, de 19 de noviembre; art. 64 del RD 217/2008; Circular 3/2000, de 30 de mayo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y arts. 1265, 1266 y 1300 del Código Civil".

2. La procuradora Aurelia García-Valdecasas Luque, en representación de la entidad bancaria Banif S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 10.2 en relación con el art. 11 LEC.

"2º) Infracción de los arts. 216 y 218.1 LEC.

"3º) Infracción del art. 218 LEC.

"4º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución Española, en relación con el art. 326 LEC.

"5º) Infracción del art. 24.1 de la Constitución Española, en relación con el art. 326 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 1301 CC.

"2º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y jurisprudencia que los interpreta.

"3º) Infracción de los arts. 1265 y 1266 CC y jurisprudencia que los interpreta".

3. Por diligencia de ordenación de 18 de enero de 2016, la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

4. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente y recurrida la entidad Auge, Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa, representada por la procuradora Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo; y la entidad Banco Santander, S.A. (como sucesora de Banco Banif S.A.), representada por la procuradora María Luisa Montero Correal.

5. Esta sala dictó auto de fecha 11 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Banco Banif, S.A., actualmente Banco Santander, S.A., contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2015, aclarada por auto de 28 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) en el rollo de apelación n.º 310/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1120/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Granada.

"2.º Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de la Asociación de usuarios de banca y bolsa Auge contra la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2015, aclarada por auto de 28 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) en el rollo de apelación n.º 310/2015, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1120/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Granada".

6. Dado traslado, las representaciones respectivas de las entidades Auge, Asociación de Usuarios de Banca y Bolsa y Banco Santander, S.A. (como sucesora de Banco Banif S.A.), presentaron escritos de oposición a los recursos formulados de contrario.

7. Al solicitarse la celebración de vista pública, se señaló para la misma el día 25 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Mario y Bárbara, que no tienen la consideración de inversores profesionales, concertaron con Banco Banif, S.A. un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión el 19 de enero de 2006.

En el curso de esta relación, Mario y Bárbara adquirieron los siguientes productos financieros, tal y como son reseñados por la sentencia de apelación:

"1º acciones de Neuropharma, en diciembre de 2006;

"2º un bono estructurado, adquirido en febrero de 2007, sobre el que después se perdió cualquier derecho, canjeado por otro el 31 de marzo de 2009, al que se refiere la reclamación de restitución;

"3º acciones cotizadas en la Bolsa de Viena (unión europea) de Meinl Airports el 26 de abril de 2007;

"4º acciones cotizadas en la Bolsa de Viena (unión europea) de Meinl Power, adquiridas en julio de 2007;

"5º un bono estructurado adquirido en mayo de 2007, sobre el que después se perdió cualquier derecho, canjeado por otro el 31 de marzo de 2009, al que se refiere la reclamación de restitución;

"6º un bono estructurado adquirido en junio de 2007;

"7º un bono estructurado adquirido el 29 de octubre de 2007;

"8º un bono estructurado adquirido el 9 de noviembre de 2007;

"9º de un bono estructurado adquirido en diciembre de 2007;

"y 10º un bono estructurado adquirido en febrero de 2008".

Al igual que la sentencia de apelación, nos referiremos a los productos con la mención del ordinal correspondiente.

2. La Asociación de Consumidores y Usuarios de Banca y Mercado de Valores (en adelante, Auge) interpuso una demanda, en interés de sus asociados Mario y Bárbara, en la que pedía lo siguiente.

En primer lugar, sobre la base de un cumplimiento negligente del contrato de gestión discrecional de cartera de inversión de 19 de enero de 2006, en la demanda se ejercitaban las acciones de responsabilidad civil contractual y de resolución contractual, con condena a indemnizar daños y perjuicios.

Con carácter subsidiario, se solicitaba la nulidad de los contratos de adquisición de los productos financieros descritos en la página 44 de la demanda, ahora reseñados en el apartado 1 de este fundamento jurídico primero. La causa o motivo de nulidad era la inexistencia de consentimiento como consecuencia de la existencia de error provocado por la información y asesoramiento defectuosos prestados por el asesor financiero de la entidad demandada. Como efecto de la nulidad, también se pedía la condena de la demandada a pagar a Mario y Bárbara la suma de 3.115.241,61 euros, más los intereses devengados desde la suscripción de cada uno de los productos financieros hasta la fecha de la sentencia, así como la devolución de las comisiones y gastos cobrados, aminorado por los intereses percibidos por los clientes de las inversiones realizadas.

En la audiencia previa, la demandante desistió de las acciones de responsabilidad civil contractual y de resolución de contrato, con indemnización de daños y perjuicios, y se centró en la acción de nulidad de los diez productos financieros, y cuantificó las pérdidas sufridas que debían ser objeto de condena a restituir en 2.962.308,94 euros. Más tarde, y antes de la celebración de la vista del juicio, la demandante aportó una nueva liquidación, en la que se detraían determinadas amortizaciones, y redujo la cantidad reclamada a 2.749.611,60 euros.

3. La sentencia de primera instancia desestimó las excepciones de falta de legitimación activa de Auge y de caducidad de la acción de nulidad. Y estimó la demanda, en cuanto que apreció la nulidad de las diez adquisiciones de productos financieros, porque se había prestado un consentimiento contractual viciado en relación con el conocimiento de los elementos esenciales de los productos adquiridos y sus riesgos. La



sentencia también condenó a la demandada a pagar 2.749.611,60 euros, más los intereses legales desde el momento de la adquisición de cada uno de los productos financieros hasta la fecha de la sentencia, así como la restitución de las comisiones y gastos, lo que debía minorarse con los intereses percibidos por los clientes como consecuencia de las inversiones realizadas.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la demandada. El recurso ha sido estimado en parte.

i) La Audiencia, en primer lugar, reitera la procedencia de la desestimación de la excepción de falta de legitimación activa. Entiende, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en las sentencias de 22 de abril de 2004 y 12 de septiembre de 2005, que la legitimación de la asociación de consumidores es amplia y abarca cualquier cuestión que pudiera estar vinculada con los intereses de los asociados por cuenta de quienes actúa, en su condición de consumidores y usuarios. De tal forma que como a su juicio en la contratación de los productos financieros intervinieron en un ámbito ajeno a su actividad empresarial, estaría justificada la intervención en juicio bajo la representación de Auge.

ii) En segundo lugar, desestima el motivo de apelación basado en la incongruencia de la sentencia de primera instancia, porque se había pedido la nulidad por inexistencia de consentimiento, como consecuencia de la falta de información, y es declarada la nulidad por error vicio en el consentimiento. La Audiencia razona en el siguiente sentido:

"La incongruencia, en la modalidad *extra petita*, sólo se produce cuando la sentencia resuelve sobre pretensiones o excepciones no formuladas por las partes alterando con ello la causa de pedir, entendida como conjunto de hechos decisivos y concretos, en suma relevantes, que fundamentan la pretensión (...). De tal forma que, con los matices que derivan de las reglas *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, no existe incongruencia cuando, pese a la equivocada calificación jurídica del demandante de la nulidad por error en el vicio del consentimiento, estimándola como nulidad absoluta, el Juzgado resuelve la controversia, acudiendo a la calificación jurídica procedente, estimando la existencia de una situación de anulabilidad".

iii) La sentencia de apelación también rechaza que haya caducado la acción. Entiende que para la jurisprudencia contenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de enero y 7 de julio de 2015, el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción, previsto en el art. 1301 CC, debe comenzar a computarse desde que se tiene o se puede tener cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Y esto se habría producido iniciado el procedimiento, cuando se dio traslado a la demandante de un documento de la demandada.

iv) En cuanto al fondo del asunto, la Audiencia parte de una primera consideración de que el conocimiento y la experiencia de los clientes evolucionó desde el 2006 en que se adquirieron los primeros productos, hasta el 2009 en que se adquirieron los últimos.

La Audiencia rechaza la nulidad de la adquisición de los bonos referenciados antes como 2º y 5º, que fueron canjeados el 31 de marzo de 2009, porque la demandante trata de obviar que la pérdida sobre la que se basa la nulidad, y la reclamación de restitución, es realmente la relativa a la compra de los bonos en 2009 y no los de 2007, respecto de los que se renunció al ejercicio de acciones contra el banco. Y añade a su razonamiento lo siguiente:

"Al margen de la fuerte inversión en productos especulativos realizada ya en 2009 por los interesados, la propia posición de la parte demandante y la documental antes mencionada, que la apelada pretende indebidamente no sea tomada en consideración, permite estimar infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, 2º y 5º, dándose las circunstancias señaladas por la jurisprudencia (STS 8 de septiembre de 2014, 23 de abril y 30 de junio de 2015), para rechazar que proceda la protección legal conferida al cliente minorista, enfrentándonos ante una inversión por un importe muy elevado, 700.000 euros respecto de estos productos, y de 2.800.000 respecto de otros de similar riesgo y complejidad cuando se llevó a cabo la contratación en 2009, de modo que pese a que pudiera no ser suficiente la información suministrada para un cliente no experto, sí lo es para quienes como los interesados en este caso sí tenían experiencia y conocimientos suficientes (correos electrónicos doc. 55 y 70 de los de la contestación, revelando el conocimiento del mercado financiero y la realización de operaciones de alto riesgo (trading), así como la capacidad de tomar de decisiones sobre productos financieros complejos que resulta de las actas de la sociedad de inversión de capital variable, doc. 57). En aquel momento los inversores, en cuyo interés se acciona, tenían la experiencia y los conocimientos financieros necesarios como para estimar que no proceda aplicar aquí la presunción de desconocimiento de los productos complejos propia del cliente minorista, tal y como también resulta de la posición de la propia parte apelada, que rechaza que el error pueda establecerse por las circunstancias personales de los inversores posteriores a julio de 2008".



Y hace una consideración general, aplicable a la adquisición de estos productos y también a los restantes, en relación con la irrelevancia que para juzgar sobre la nulidad por error vicio tienen las alegaciones relativas a que los productos contratados no se adecuaban a los perfiles inversores de los clientes.

v) Por lo que se refiere al producto 1º, las acciones de Neuropharma, adquiridas el 18 de diciembre de 2006, la Audiencia entiende que no se trata de un producto financiero complejo de conformidad con el art. 79 bis 8 a) LMV y, además, que está acreditado que los interesados adquirieron con antelación suficiente información sobre las características de la inversión y sus riesgos. En consecuencia, rechaza la existencia de error excusable.

vi) En cuanto a los productos 3º y 4º, las acciones que cotizan en bolsa de Meinl Airport (adquiridas el 26 de abril de 2007) y de Meinl Power (adquiridas en julio de 2007), la Audiencia recuerda que la acción ejercitada era de nulidad de la adquisición por error vicio, pero no de incumplimiento del contrato de asesoramiento. Y luego deja constancia de que los clientes fueron informados de las características de la emisión de las acciones y de los riesgos concretos de la operación. De tal forma que concluye:

"En definitiva las circunstancias reseñadas impiden apreciar aquí la existencia de un producto complejo, y de cualquier error excusable que permita anular las operaciones examinadas".

vii) Por lo que se refiere al producto 6º, el bono estructurado de 1 de junio de 2007, la Audiencia entiende que, para entonces, a los clientes demandantes se les podía calificar de "inversores cualificados", por la experiencia que habían acumulado en la adquisición de productos financieros de estas características. En concreto, habían adquirido previamente otros bonos estructurados, entre otros el de 23 de enero de 2007, respecto del cual la sentencia recurrida advierte que los demandantes en la audiencia previa dijeron que tal adquisición había sido válida, dado que el resultado de la inversión fue positivo. Además, en relación al cumplimiento de los deberes de información, la Audiencia declara lo siguiente:

"Cabe declarar como probado que la demandada, documento 82 de la contestación a la demanda, suministró con antelación a los inversores información suficiente, al acompañarse un detallado resumen explicativo del funcionamiento del bono, referenciado a las acciones de BBVA y Popular, auto-cancelable en los periodos indicados, con un beneficio posible final del 45% si la peor de las acciones de referencia no tenían un valor inferior al 10% del momento de la compra, existiendo riesgo de pérdida del capital si el valor de la peor acción caía más de un 19,5%, superior cuanto mayor fuese el porcentaje de caída de la peor acción".

Y concluye:

"Con los antecedentes expuestos, teniendo en cuenta el carácter de inversores cualificados de los demandantes, sin que desconocieran que el emisor es un tercero, ajeno a la entidad con la que se contrata, que es quien asume la responsabilidad del pago, siendo conocedores de la evolución de los mercados y de las condiciones de transmisibilidad de estos productos, debemos considerar infundada la pretensión de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación del producto examinado".

viii) Finalmente, la Audiencia sí aprecia la nulidad por error vicio de la adquisición de los productos 7º, 8º, 9º y 10º, los bonos estructurados adquiridos el 29 de octubre de 2007, 9 de noviembre de 2007, 27 diciembre de 2007, y 8 de febrero de 2008, todos ellos referenciados al menos a una acción de una entidad financiera de la que dependía la rentabilidad y el riesgo del producto.

La Audiencia parte de que, pese a la experiencia de los demandantes, sus conocimientos no se podían equiparar a los de los analistas financieros del banco demandado, especialmente al tiempo en que se realizaron estas contrataciones. Para la Audiencia es muy relevante que para entonces:

"ya se había producido la crisis financiera (entonces se dice que había cumplido un año). Al respecto solo se da alguna noticia sobre incertidumbres y turbulencias en el sector financiero en el informe de diciembre de 2007, que según la contestación se acompañaba a los estados de situación del cliente, doc. 36, indicándose solo en el de enero de 2008, elaborado el 5 de febrero de ese año, sin que conste su puesta a disposición de los clientes con antelación suficiente, antes de la adquisición del bono de 8 de febrero de 2008, que continua en el ojo del huracán. Aquí debemos destacar además que respecto del bono de 29 de octubre de 2007, no se envía con suficiente antelación información completa y clara de en qué consistía el bono, sin indicarse los valores subyacentes a los que va referenciado, así como el riesgo concreto asumido".

La Audiencia califica la información suministrada al contratar de "estereotipada y sobre riesgos generales", sin que en ese momento se advirtiera "a los inversores de este concreto y específico riesgo conocido por la entidad financiera, que no consta que se pusiera en conocimiento de los clientes":

"Esta trascendente y relevante información, respecto de un riesgo real, concreto y determinante, sin superar el sector financiero la situación reflejada en el doc. 84 de 2 de octubre de 2007, al contratarse los bonos



posteriores que aquí examinamos, presentados también por el Sr. Marcial como se reconoce en la contestación a la demanda, tampoco consta proporcionada, pese a que la rentabilidad y su riesgo dependía también del valor de al menos una acción de una entidad financiera. Además a ello debemos añadir que se informó erróneamente sobre las características de los bonos de 27 diciembre de 2007, y 8 de febrero de 2008. Así mientras en el doc. 88 de la contestación los escenarios de pérdida se producen para el caso de caer más de un 30% la acción de peor comportamiento, el riesgo real que resulta de los documentos de compra, 89 y 90, es que la pérdida se produce cuando la referencia final de la acción con peor comportamiento es inferior al 75%, es decir cae más de un 25%.

Aunque discrepamos de la sentencia apelada, en cuanto a la ausencia en este caso de test de idoneidad, doc. 42 de la contestación a la demanda y 18 de los de la demanda, no pudiendo entender que la firma no obedezca a la respuesta dada por los clientes, teniendo en cuenta que a tal test, se suma el contenido propio del test de conveniencia (conocimientos y experiencia), con independencia de la aplicación de la normativa Mifid, solo a los dos últimos productos examinados en este punto, creemos que la defectuosa información suministrada, especialmente la ocultación de datos relevantes sobre los riesgos de la concreta inversión realizada conocidos por la entidad demandada, determina que debemos apreciar, desenvolviéndonos en el marco de un contrato de asesoramiento, la existencia de un error en el consentimiento excusable, determinante de la existencia de vicio del consentimiento en la adquisición de los productos financieros examinados en este fundamento, que justifica la anulación de su adquisición, debiendo en este extremo confirmar la sentencia recurrida".

La Audiencia tiene también en consideración la relación de asesoramiento que existía entre las partes, y cómo se desarrolló respecto de estos productos, y su incidencia en la apreciación del error:

"En definitiva [...], existió asesoramiento al cliente, realmente no negado en esta instancia, al que se le presentaban nuevas posibilidades de inversión, recibiendo, según se sostiene, antes de contratar cada una, explicación individualizada detallada de los riesgos. En este contexto, de evidente asesoramiento solo puede entenderse admitido por la parte apelante la recomendación de cada una de las inversiones realizadas.

[...]

"Aquí, en la recomendación de los productos financieros examinados, no proporcionándose una información que todavía no cabe entender que por sus circunstancias personales estuvieran en condiciones de conocer los inversores, y que claramente sin embargo sí tenía la entidad demandada, se silenciaba la no recomendación de sus analistas, de bonos con riesgo y rentabilidad referenciados a valores del sector financiero (*"no es un bono que recomendamos en estos momentos, ya que nuestros analistas están a la espera de ver como evoluciona el sector financiero a corto plazo, ante posibles noticias que puedan afectar a la cotización de dichos valores"*), y ello determina, teniendo en cuenta las circunstancias personales de los inversores y especialmente el marco de su decisión, con el asesoramiento financiero de la entidad demandada, relevante en la formación de la voluntad, como se desprende del correo electrónico de 25 de marzo de 2007 (doc. 55, folio 9, Tomo V dirigido al Sr. Marcial, por el Sr. Mario, aguardando a conocer su criterio y evaluación, con *"mas datos y profesionalidad"*, para adoptar una determinada decisión inversora); que a efectos de valorar el error en esta situación específica deban ser equiparados los clientes en cuyo nombre se acciona con el concepto legal de cliente minorista. Por otra parte, también debemos destacar, teniendo en cuenta la lógica confianza en la profesionalidad del asesor, la alteración del riesgo de alguno de los dos últimos bonos contratados analizados en este apartado, pasando, del 30% de caída de la acción de peor comportamiento, al 25%, con incremento en consecuencia del riesgo.

[...]

"Es fundamental en este caso el dato de que las personas en cuyo nombre se entabla la demanda, no pueden considerarse que tuvieran conocimientos avanzados suficientes en la inversión, como para conocer el dato esencial del mayor riesgo de la operación que en aquel momento suponía hacerlas depender de valores del sector financiero, conocido sin embargo por la entidad financiera que les asesoraba, no pudiendo estimar que tuvieran la cualificación necesaria para conocer este extremo. Por tanto, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, en atención a la *"asimetría informativa"* concurrente, debemos, respecto de los bonos aquí analizados, confirmar la estimación de la acción de anulación".

5. La sentencia de apelación ha sido recurrida por ambas partes. Banif formula recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de cinco motivos, y recurso de casación, articulado en tres motivos. Y Auge formula recurso extraordinario por infracción sobre la base de un único motivo y recurso de casación de casación articulado en tres motivos.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal de Banif



1. Formulación del motivo primero. El motivo se ampara en el ordinal 3º del art. 469.1 LEC y denuncia la infracción del art. 10.2 LEC en relación con el art. 11 LEC, porque la sentencia recurrida reconoce legitimación procesal a la entidad demandante, cuando carece de dicha condición.

En el desarrollo del motivo se argumenta que Auge carece de legitimación activa, porque las acciones ejercitadas en la demanda exceden del ámbito de la protección al consumo, para el que está prevista la legitimación del art. 11.1 LEC. En la demanda se pretende la nulidad de la adquisición de productos financieros de carácter altamente especulativo; durante el periodo comprendido entre diciembre de 2006 y febrero de 2008, Mario y Bárbara adquirieron los diez productos financieros litigiosos, por un importe de 3.949.998,30 euros; y se discute si existió error vicio en la adquisición de estos productos, y no tanto si se realizó correctamente el asesoramiento financiero.

Para que Auge tuviera legitimación *ad processum* al amparo del art. 11.1 LEC para ejercitar estas acciones, por cuenta del Sr. Mario y la Sra. Bárbara, sería necesario que estos fueran asociados suyos y que la *causa petendi* formara parte del ámbito material propio de la protección al consumo.

Además, como segunda razón, el recurrente aduce que Mario y Bárbara no gozaban de la condición de consumidor en la adquisición de los productos financieros litigiosos, porque, por una parte, se trataba de operaciones altamente especulativas, en las que primaba el ánimo de lucro, y, por otra, se advierte una regularidad y asiduidad en la realización de estas operaciones en el tiempo en que se realizaron. En la vista del recurso se insistió en que entre los productos litigiosos y los que no lo son porque al haber resultado rentables no fueron objeto de la acción de nulidad, durante esos años Mario y Bárbara habrían invertido más de 5.500.000 euros. De tal forma que constituye un abuso emplear para este tipo de reclamaciones la legitimación que el art. 11.1 LEC atribuye a las asociaciones de consumidores, que sólo se justifica por la ventaja que supone el beneficio de la asistencia justicia gratuita del que gozan las asociaciones de consumidores, como la propia Auge resalta al publicitar sus servicios en su página web.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación del motivo. La legitimación procesal aducida por la demandante y apreciada por la Audiencia se apoya en la previsión contenida en el art. 11.1 LEC. El art. 11 LEC lleva por rúbrica: "Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios". Y el apartado 1 regula lo siguiente:

"1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios".

Se trata de una legitimación especial, destinada a facilitar la defensa de los intereses de los consumidores. En principio, bajo el régimen general del art. 10 LEC, la condición de parte legítima se atribuye a quien comparezca y actúe en juicio como titular de la relación jurídica y objeto litigioso, sin perjuicio de los casos en que la Ley atribuya legitimación a una persona distinta del titular, como ocurre en el art. 11.1 LEC.

Esta legitimación alcanza en todo caso al ejercicio de las acciones surgidas al amparo de la normativa protectora de consumidores y usuarios: esencialmente Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, y también otras normas que contemplan expresamente la protección del consumidor. Además, como veremos a continuación, el Tribunal Constitucional ha interpretado que esta legitimación se extiende a otros casos en que las asociaciones de consumidores actúan en defensa de los intereses particulares de alguno de sus asociados, intereses como consumidores y usuarios que guardan relación directa con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado.

3. Así es como la sentencia recurrida, aunque la acción ejercitada no es propiamente una acción nacida directamente de la normativa de consumidores, ha entendido que podía quedar amparada por esta legitimación especial del art. 11.1 LEC, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta estas normas en un sentido amplio y flexible.

La doctrina invocada por la Audiencia se encuentra en las SSTC 73/2004, de 22 de abril, y 219/2005, de 12 de septiembre. Ambas sentencias se refieren a dos casos en que se había denegado legitimación a una asociación de consumidores para recurrir por vía contencioso-administrativa en representación de alguno de sus asociados. La segunda, que cita a la primera, parte de la siguiente premisa:

"al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos está imponiendo a los órganos judiciales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen al atribuir la legitimación activa para acceder a los procesos judiciales, resultando censurables aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la



disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (por todas, STC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3).

Y luego, explica esta doctrina respecto de la legitimación de las asociaciones de consumidores:

"A esos efectos, y en el particular relativo a la legitimación activa de las asociaciones de consumidores, este Tribunal ha declarado, en primer lugar, que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva negarles legitimación en los supuestos de actuación en representación y defensa de intereses concretos de sus asociados con base en que no defienden intereses propios sino de terceros, una vez constado que "por expresa previsión legal las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas para representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, esto es, para representar y defender los derechos e intereses de sus asociados como intereses distintos de los de la propia asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios (arts. 20.1 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios; 16.1 Real Decreto 825/1990, de 22 de junio)" (STC 73/2004 , FJ 5). En segundo lugar, que esta legitimación para actuar en defensa de los intereses de carácter personal de los afiliados puede quedar limitada, por el propio ámbito objetivo de la normativa en que está prevista, a que dichos intereses lo sean en su condición de consumidores y usuarios. Y, por último, que no cabe negar dicha condición cuando por la naturaleza de la controversia de fondo suscitada se evidencie de una manera clara y suficiente que repercuta, directamente o por condicionar de manera relevante su comportamiento y decisiones, en los intereses como consumidores y usuarios de los particulares afectados (STC 73/2004 , FJ 6)".

Esta doctrina fue reiterada por la posterior STC 131/2009, de 1 de junio, también con ocasión de una denegación de legitimación activa a una asociación de consumidores para interponer un recurso contencioso-administrativo.

4. El trasfondo de esta cuestión es la denuncia del uso abusivo de esta legitimación especial de las asociaciones de consumidores en litigios en los que la condición de consumidor se diluye, en atención a las características del litigio y a la cuantía litigiosa, para aprovecharse del derecho a la asistencia justicia gratuita que la ley reconoce a estas asociaciones cuando litigan en defensa de los intereses de sus asociados.

Y en este marco, del reconocimiento de este derecho, también ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional, en la sentencia 217/2007, de 8 de octubre. En aquel asunto, se había denegado a una asociación de consumidores el derecho de asistencia jurídica gratuita "para litigar en defensa de uno de sus asociados contra una compañía de seguros, en un pleito sobre reclamación de cantidad por rescisión de un contrato de seguro decenal".

El Tribunal Constitucional recuerda que la legislación vigente reconoce este derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones de consumidores "en los términos previstos en el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios, esto es, para la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

Luego, añade algo muy ilustrativo para poder precisar esta última salvedad (cuando guarden relación con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado), que la normativa vigente al dictarse el auto impugnado (el art. 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios), establecía:

"las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas legalmente e inscritas en el correspondiente registro, "tendrán como finalidad la defensa de los intereses ... de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; ... y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2", esto es, cuando los derechos de los consumidores y usuarios "guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

"En cuanto a la definición de lo que ha de entenderse por "productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado" a los efectos establecidos en la disposición adicional segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, y el art. 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, se contiene actualmente en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, cuyo anexo I, apartado C (Servicios), se refiere, entre otros servicios, a los seguros".

Y concluye que, "de los preceptos legales citados, en su redacción vigente a la fecha de dictarse aquella resolución judicial, se desprende una inequívoca opción del legislador a favor del reconocimiento del beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores legalmente inscritas y registradas, tanto si se trata del ejercicio de acciones colectivas como si se trata de ejercer acciones individuales (art. 11.1 de la Ley de enjuiciamiento civil), entendiéndose que la defensa de los derechos e intereses de uno de sus asociados



trasciende el mero interés particular cuando la reclamación guarde relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, como ocurre en el caso de los seguros por expresa determinación del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, anexo I, apartado C, núm. 14, en desarrollo de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios".

Adviértase que la normativa actual, en concreto el art. 9 del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, contiene una previsión muy similar:

"Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado".

5. De este modo, la legitimación especial que el art. 11.1 LEC reconoce a las asociaciones de consumidores para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados tiene sentido siempre que "guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado". Sin perjuicio de que al realizar esta valoración se tienda a una interpretación amplia y no restrictiva, que trate de garantizar la protección efectiva de los consumidores y usuarios.

Es cierto que el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, en su anexo I, apartado C, núm. 13, menciona los "servicios bancarios y financieros", dentro del catálogo de "productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a efectos del artículo 2.2 y 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y disposición adicional segunda de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita". Por lo que, en principio, los servicios bancarios o financieros no quedan excluidos en todo caso. Esto es, una reclamación que guarde relación con la prestación de un servicio financiero a un consumidor quedaría incluida dentro de la legitimación del art. 11.1 LEC.

Pero una cosa es que los servicios financieros puedan ser considerados como servicios de uso común, ordinario y generalizado, y otra distinta que siempre y en todo caso lo sean. Esto es, hay servicios financieros que por su naturaleza y circunstancias exceden de la consideración de "servicios de uso común, ordinario y generalizado". Y un ejemplo paradigmático de esto es el que ahora es objeto de enjuiciamiento.

El servicio que da lugar al litigio es la adquisición por dos particulares, Mario y Bárbara, en un año y medio aproximadamente (de diciembre de 2006 a febrero de 2008), de diez productos financieros por un valor aproximado de 4 millones de euros. Estos diez productos financieros comprenden tres paquetes de acciones de sociedades que cotizan en bolsas internacionales (Neuropharma, Meinel Airports y Meinel Power) y siete bonos estructurados, que tienen la consideración de productos complejos, de marcado carácter especulativo.

Una operación de estas características no puede considerarse un acto o servicio de consumo porque, en atención a los importes y a su carácter especulativo, no es de uso común, ordinario y generalizado.

Los afectados pueden litigar directamente por sí mismos y no está justificado que lo haga una asociación de consumidores, en nombre propio y por cuenta de sus asociados, para evitar los riesgos derivados de una eventual condena en costas. Estas situaciones constituyen abusos del ordenamiento jurídico que no pueden estar amparados por una interpretación amplia del art. 11.1 LEC.

6. En consecuencia, procede estimar este motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Santander. Su estimación conlleva dejar sin efecto la sentencia de apelación, y en su lugar estimar en su integridad el recurso de apelación de Banif (en la actualidad, Banco Santander) y desestimar la demanda por falta de legitimación activa de la asociación de consumidores demandante.

La estimación del motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Santander hace innecesario en análisis del resto de los motivos de este recurso y del recurso de casación. Tampoco resulta necesario el examen de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por Auge, que se tienen por desestimados.

TERCERO. Costas

1. Estimado el recurso extraordinario por infracción procesal de Banco Santander, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC). Tampoco respecto de su recurso de casación.

2. Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación de Auge, procede su condena al pago de las costas (art. 398.1 LEC).

3. Estimado el recurso de apelación de Banco Banif, S.A. (en la actualidad, Banco Santander), no hacemos expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).



4. Desestimadas íntegramente las pretensiones contenidas en la demanda, imponemos a la demandante las costas generadas en primera instancia (art. 394 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Banco Santander contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª) de 18 de septiembre de 2015 (rollo 310/2015), que dejamos sin efecto.

2.º Tener por desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por Auge contra la reseñada sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (sección 3ª) de 18 de septiembre de 2015 (rollo 310/2015).

3.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Banco Santander contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Granada de 22 de abril de 2015 (juicio ordinario 1120/2013) y acordar la desestimación de la demanda interpuesta por Auge contra Banco Banif, S.A. (en la actualidad Banco Santander), a quien absolvemos de las pretensiones contra el ejercitadas en la demanda.

4.º No hacer expresa condena en costas respecto de los recursos extraordinario por infracción procesal y casación interpuestos por Banco Santander, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

5.º Imponer a Auge las costas de sus recursos extraordinario por infracción procesal y casación.

6.º No hacer expresa condena de las costas ocasionadas por el recurso de apelación de Banco Banif, S.A. (en la actualidad, Banco Santander).

7.º Imponer a Auge las costas ocasionadas en primera instancia por la desestimación de su demanda.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.